Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Facultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Friedrich Maase

Referendar aus Düsseldorf.

ACAD. LEGIBAT. BIBL.

Rostock

H. Winterberg's Buchdruckerei

1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0144

Benutzte Bücher.

Für das gemeine Recht:

Windscheid, Pandekten, I. u. II. Band, 7. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch der Pandekten I. u. II. Bd., 5. Aufl.

Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung (1871)

Wendt, Reurecht und Gebundenheit, Heft 2.

Schulin, Über Resolutivbedingung (1875)

Bechmann, System des Kaufs nach gem. Recht (1884).

Hofmann, Über das periculum beim Kauf (1870).

Für das Recht des B.G.B.

Cosack, Lehrbuch des deutsch. bürgerlichen Rechts I. u. II.

Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs I.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. (1898).

Matthiass, Lehrb. des bürgerl. Rechts (1899).

Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. (1899).

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. (1899).

Oertmann, » » » »

Meisner, » » » » »

Hölder, Kommentar (1900)

Planck, B.G.B. nebst Einführungsgesetz.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B. (1899).

Enneccerns, Das bürgerliche Recht (1900)

Bunsen, Einführunp in das B.G.B. (1897).

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entwurf eines B.G.B. (1889).

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. (1897).

Biermann, ûur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im B.G.B. (Arch. f. d. civ. Prax. LXXXXI. Bd.)

Bothe, Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen nach dem B.G.B. (Rostocker Inaug.-Dissert. 1899).

Die Materialien zum B.G.B.

Soehngen, Beiträge zur Lehre von der Geschäftsnormierung beim Kauf (Freib. Inaug.-Dissert. 1901).

Inhalt.

Einleitung.

I. Das gemeine Recht.

Hauptteil.

II. Behandlung der Frage in der bisherigen Literatur zum B.G.B.

III. Ansicht des Verfassers.

Die allgem. Regeln über die Wirkung der Bedingung.

a) Die Anwendung derselben auf den aufschieb. bedingt. Kauf beweglicher Sachen,

1. bei Untergang;
2. bei Verschlechterung der Sache.

bes. Fall: Kauf auf Probe — gewollte Rückbeziehung.

b) Die Anwendung auf den auflös. bedingt. Kauf. — Der Verkäufer trägt die Gefahr — Begründung:

1. aus logisch. Intepretation des § 158[2].
2. argumentum a contrario.
3. Analogie mit dem vertragsmäss. Rücktrittsrecht.

Fall der gewollten Rückbeziehung.

c) Vom Gesetz besonders behandelte Fälle: Der Kauf unter pactum reservati dominii nach § 455 — der Wiederkauf — bedingt Kauf unbewegl. Sachen. — Erbschaftskauf.

Einleitung.

Das gemeine Recht.

Begriff der Gefahrtragung.

Unter »Gefahr« im juristischen Sinne versteht man die Möglichkeit des Eintritts von schädigenden Zufällen, eine Möglichkeit, die für alle menschlichen Vermögenswerte besteht. Die »Gefahr tragen« heisst also zunächst, mit dieser Möglichkeit rechnen, sie auf sich beziehen müssen. Verwirklicht sich diese Möglichkeit, tritt das schädigende Ereignis ein, so wird dann ein Schaden angerichtet, wenn der Gegenstand, der betroffen wird, zu dem Vermögen jemandes in irgend einer rechtlichen Beziehung steht. Von dem Zustand des bereits eingetretenen Zufalls aus angesehen, bedeutet die »Gefahr« den Schaden, den eine Person in ihrem Vermögen erleidet. Als Zufall in diesem Sinne sind aufzufassen alle Umstände, die ohne ein Verschulden desjenigen eintreten, auf dessen Vermögen sie im konkreten Falle schädigend wirken, die also nicht unabhängig von »irgend einem Willen« auftreten müssen, sondern für

die es genügt, wenn sie nur nicht durch eine Handlung der im einzelnen Falle Beteiligten herbeigeführt sind, nicht von ihnen vertreten zu werden brauchen. Nimmt man so die »Gefahr« als den Schaden, der durch einen Zufall entsteht, so wird durch den Ausdruck, »jemand trägt die Gefahr« einer Sache, diesem Schaden die Beziehung zu dem Vermögen einer bestimmten Person gegeben, ihm gleichsam die Richtung zu der Person angewiesen, deren Vermögen durch den die Sache betreffenden Zufall in Mitleidenschaft gezogen werden soll. Solange nun ein Gegenstand nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, ist die Frage, wer trägt die Gefahr d. h. nach welcher Richtung hin äussert sich der Schade, wenn die Sache von einem casus betroffen wird, garnicht aufzuwerfen, denn die Richtung des Schadens ist von selbst gegeben, es gilt der selbstverständliche Satz: »casus sentit dominus«. Und auch wenn mehreren Personen dingliche Rechte an einer Sache zustehen, so ist ebenso klar, dass diese, aber auch nur diese den Schaden, der die Sache betrifft, zu tragen haben. Anders aber verhält es sich, wenn zu einem Gegenstande oder in Bezug auf eine Leistung mehrere Personen untereinander in das Verhältnis von Forderungsberechtigten zu Leistungsverpflichteten treten, wenn das Band geknüpft ist, das den Gegenstand aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen hinüberziehen soll. In diesem Falle steht bis zur Erfüllung der Obligation die Sache zu beiden Vermögen in Beziehung und es fragt sich, welches der beiden Vermögen wird betroffen, wenn die Sache kasuell

untergeht oder verschlechtert wird. Da die Obligation auch auf andere Leistungen, als auf die von Sachen gehen kann, so wird die Frage der Gefahrtragung für alle Fälle der Obligation gestellt, lauten: Wer von den bei der Obligation als Gläubiger und Schuldner Beteiligten erleidet dadurch, dass dem Schuldner die Erfüllung zufällig unmöglich wird, einen Schaden und wie äussert sich derselbe auf sein Vermögen?

Es würde der Rahmen der Aufgabe überschritten werden, wenn an dieser Stelle eine ausführliche Darlegung der allgemeinen Regeln des gemeinen Rechts über die Gefahrtragung bei den (einseitigen und gegenseitigen) Obligationen im allgemeinen und dem unbedingten Kauf insbesondere versucht würde. Jedoch ist es notwendig, kurz die gemeinrechtliche Lehre über die Normierung der Gefahr bei den Geschäften des bedingten Kaufes darzustellen, einerseits um zu sehen, ob und in welcher Weise sich die Ausführungen der gemeinrechtlichen Juristen für die Beantwortung der Frage nach B.G.B. fruchtbar erweisen und ob dieses in erheblichen Punkten vom gemeinen Recht abweicht, und dann auch, um festzustellen, dass die Schwierigkeiten, die das gemeine Recht zu überwinden hatte, um zu seinen Resultaten zu gelangen, wesentlich anderer Art sind, wie die, welche einer Beantwortung der vorliegenden Frage nach B.G.B. entgegenstehen. In letzterer Hinsicht sei gleich bemerkt, dass es sich für das gemeine Recht hauptsächlich darum handelt, auf induktivem Wege aus den zahlreichen in den Quellen gegebenen Einzelentscheidungen bei Fällen des bedingten

Kaufes (pactum displicentiae, lex commissoria u. s. w.) die allgemeinen Regeln für den bedingten Kauf schlechthin zu finden und diese Regeln in das allgemeine System ohne Verletzung anderer Grundsätze einzufügen, während die Aufgabe für das Recht des B.G.B. wesentlich darin besteht, die im Gesetzbuch enthaltenen (wenn auch nicht deutlich ausgesprochen) allgemeinen Regeln auf dem Wege der Deduktion auf die Sonderfälle des bedingten Kaufes anzuwenden.

Gefahrtragung bei bedingtem Kauf.

Wendet man die Frage der Gefahrtragung auf den Kauf an, so kann die Frage hier viel enger gestellt werden wie oben, denn von den aus dem Kaufvertrag entspringenden Leistungspflichten kann die des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen, juristisch niemals unmöglich werden. Die Frage lautet hier: Wenn dem Verkäufer durch zufälligen Untergang (oder Verschlechterung) der Kaufsache seine Leistung unmöglich geworden ist (oder nur in verschlechterter Gestalt erfolgen kann), verliert er dann den Anspruch auf den Kaufpreis ganz oder teilweise? Das römische Recht entschied hier:[1] periculum emptoris est, der Käufer trägt die Gefahr, er muss den vollen Kaufpreis zahlen, auch wenn er garnichts oder nur eine verschlechterte Sache erhält und zwar geht die Gefahr auf ihn über von der Perfektion des Kaufes an »nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet«. In Bezug auf die Verteilung der Gefahr bei bedingtem Kauf gab das römische Recht nicht eine so

[1]) l. 8. pr. D. de per. et commod (18,6) § 1 J. (3,23).

einfache und klare Entscheidung, weil naturgemäss die Entscheidung hier schwieriger ist, da in den Fällen des bedingten Kaufes Unsicherheit darüber besteht, ob überhaupt aus dem Kaufvertrage, und wann aus ihm die beabsichtigten Rechte und Pflichten entstehen, oder es zwar feststeht, dass sie entstanden sind, aber unsicher ist, ob und wie lange sie Bestand haben werden. Die gemeinrechtliche Theorie definierte die Bedingung als die einer Willenserklärung hinzugefügte Bestimmung, durch welche die gewollten rechtlichen Wirkungen von dem Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht werden, und nannte dieselbe Suspensiv-Bedingung, wenn das Wirksamwerden, Resolutiv-Bedingung, wenn der Bestand der Wirkungen des vorgenommenen Rechtsgeschäfts von ihm abhängig gemacht wurden. Wegen dieser Verschiedenheit der Wirkungen der Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung ist es notwendig, ihre Bedeutung für die Gefahrtragung beim Kauf getrennt festzustellen.

Bei suspensiv-bedingtem Kauf.

Aus dem Wesen der Suspensiv-Bedingung folgt, dass, wenn ein Kaufvertrag suspensiv-bedingt abgeschlossen ist, zwar die Möglichkeit gegeben ist, dass die beabsichtigten Rechte und Pflichten aus ihm entstehen, dass aber die wirkliche Entstehung selbst von einem ungewissen Ereignis abhängig ist. Aus dieser Möglichkeit der Entstehung von Rechten, die beide Parteien im Auge behalten müssen folgt, dass der bedingte Kaufvertrag schon sofort Wirkungen hervorbringt,

die man als rechtlich gesicherte Aussicht auf der einen Seite und Gebundenheit auf der anderen Seite bezeichnet. Die dem Kaufvertrage eigenthümlichen Wirkungen, die Verpflichtung die Sache zu liefern resp. den Kaufpreis zu zahlen, kommen jedoch erst mit dem Eintritt der Bedingung zu Stande.

a) Der unter einer Suspensiv-Bedingung abgeschlossene Kauf wird in den Pandekten von Paulus in l. 8 pr. D. (18,6) behandelt und seine dort gegebenen Entscheidungen sind für das gemeine Recht massgebend geblieben. Für den Fall des Ausfalls der Bedingung entscheidet Paulus: Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, der Kauf äussert die beabsichtigten Wirkungen überhaupt nicht, der Verkäufer hat die Gefahr der Sache zu tragen.

b) Ist während der Schwebezeit der Bedingung die Sache untergegangen und tritt dann die Bedingung ein, so soll nach Paulus der Käufer den etwa gezahlten Kaufpreis zurückverlangen können d. h. der Verkäufer die Gefahr des Unterganges tragen. Quod si pendente condicione res tradita sit . . . . et quod pretii solutum est, repetetur . . . si pendente condicione res exstincta fuerit. Der Kauf kann wegen der fehlenden Voraussetzung des Vorhandenseins der Kaufsache nicht zur Perfektion gelangten, daher erwirbt der Verkäufer auch nicht das Recht auf den Kaufpreis, er trägt die Gefahr des Unterganges.[1] Wenn die Sache im Moment des Eintritts der Bedingung zwar noch existiert aber ver-

[1]) l. 13, § 6 D. (46,4) cf. l. 10 § 5 de jure dot. (23,3).

schlechtert ist, so giebt Paulus die Bestimmung l. 8. pr. eod. loc. . . . sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damum emptoris. Der Käufer soll also den Schaden haben, er muss den vollen Kaufpreis auch für die verschlechterte Sache entrichten. Diese Entscheidung ist mit Recht als inkonsequent bezeichnet worden, denn da bis zum Eintritt der Bedingung der Kauf imperfekt ist, müsste der allgemeinen Regel[1] nach der Verkäufer nicht nur das periculum interitus sondern auch das peric. deteriorationis tragen.

Kauf auf Probe.

Getrennt haben die Quellen den »Kauf auf Probe« behandelt. Das ist der Kauf, der unter der Bedingung abgeschlossen wird, dass dem Käufer die Sache gefalle. Seine rechtliche Natur ist lange streitig gewesen. Man hielt es für mit dem Wesen der reinen Bedingung nicht vereinbar, dass als bedingender Umstand das nackte Wollen des Verpflichteten gesetzt wird. Da aber der Kauf auf Probe in den Quellen unter dem Gesichtspunkt des bedingten Kaufes behandelt wird, so betrachtete man ihn als positiv-rechtliche Ausnahme von der Regel, dass das Wollen des Verpflichteten nicht als Bedingung gesetzt werden dürfte.[2] Die neuere Lehre ist umgekehrt bestrebt gewesen, die Zulässigkeit eines Geschäfts unter der Bedingung »si volam« nachzuweisen, wovon dann der Kauf auf Probe nur eine einzelne Anwendung sein soll. In den Quellen kommt der Kauf auf Probe

[1]) l, 8 D. (18,6)

[2]) Bechmann, Kauf im gem. Recht II S. 226, vgl. Dernburg, Pandekten I S. 256 fg.

in verschiedenen Gestaltungen vor, als suspensiv bedingt durch die Billigung des Käufers, si res placuerit, emta sit (l. 20 § 1 D. 19,5. § 4 J. 3,23) oder als resolutiv bedingt durch die Missbilligung, res si displicuerit, inemta sit (l. 3 D. 19,1. l. 2 § 5 D. 41,4. l. 11 § 13 D. 43,24) und endlich nahm man an, dass die Parteien in dieser Form ein nur obligatorisch wirkendes Rücktrittsrecht ausbedingen können,[1] si res displicuerit, ut redhibeatur (l 31 § 22 D. 21,1). Nach der herrschenden Meinung ist im Zweifel eine Suspensiv-Bedingung anzunehmen. Der Sinn eines so abgeschlossenen Kaufes ist, dass der Käufer durch sein freies willkürliches[2] Urtheil über die Sache den Kauf zur Perfektion bringen kann, er kann nach freiem Belieben entscheiden, ob der Kauf zu stande kommen soll oder nicht. Nach Untergang der Sache ist die Perfektion wegen fehlender Voraussetzung überhaupt nicht mehr möglich, und ist die Sache verschlechtert, so ist es in das Belieben des Käufers gestellt, ob er durch seine Billigung den Kauf noch perfizieren will. Dies ist jedoch höchst unwahrscheinlich und in diesem Sinne kann man sagen, dass der Verkäufer beim Kauf auf Probe nicht nur das pericul. interitus sondern auch das per. deteriorationis trage. Von dem resolutiv bedingten Kauf auf Probe, dem sogenannten pactum displicentiae ist unten zu sprechen.

---

[1]) Hofmann, über das pericul. beim Kauf § 34. Windscheid, Pandekten § 387.

[2]) Bechmann, Kauf II S. 228 fl.

Bei resolutiv-bedingten Kauf.

Die Lehre von der Resolutiv-Bedingung ist in den Quellen nur in ihrer Erscheinungsform bei dem unter lex commissoria, in diem addictio, und pactum displicentiae abgeschlossenen Kauf gegeben worden. Diese Fälle haben alle die Besonderheit, dass zu dem als Resolutivbeding. gesetzten Umstande der Wille einer der Parteien hinzutreten muss, um die beabsichtigte Wirkung der Auflösung des Geschäfts herbeizuführen. Man war gezwungen, den Begriff und die Wirkung der »reinen« auflösenden Bedingung (»rein« im Gegensatz zu den genannten resolutiv wirkenden Rücktrittsrechten) aus dem Wesen dieser besonderen Erscheinungsformen abzuleiten und umgekehrt die gewonnenen allgemeinen Grundsätze auf diese anzuwenden. Wendt[1] behauptet, dass alle gemeinrechtlichen Juristen darin einen falschen Schluss gemacht hätten, da zwischen diesen Rücktrittsrechten, oder wie er sie nennt, Reurechten und der reinen wahren Bedingung kein Zusammenhang und keine Verwandtschaft bestehe, indem er sich vor allem darauf beruft, dass jene Juristen selber in Bezug auf die Frage der Gefahrtragung die Notwendigkeit der Anwendung besonderer Grundsätze für die genannten Rücktrittsrechte anerkannten. Dem muss gegenübergestellt werden, dass auch die Quellen diese Rücktrittsrechte als auflösende Bedingungen betrachten, und dass die Verschiedenheit der Wirkung der Bedingung nicht eine Folge der Anwendung besonderer rechtlicher Grund-

[1]) Wendt, Reurecht und Gebundenheit II S. 42.

sätze, sondern das Resultat des eigentümlichen Inhalts der dem Hauptvertrag hinzugefügten Bedingung ist.

Der unter einer Resolutiv-Bedingung abgeschlossene Kauf wird in den Quellen [1] bezeichnet als emptio pura, sed sub condicione resolvitur. Der Kauf ist also perfekt und äussert seine Wirkung sofort genau so wie beim unbedingten Kauf, nur soll bei Eintritt eines gewissen Umstandes der Vertrag aufgelöst sein und zwar nach der herrschenden Meinung [2] im Zweifel so, dass mit Erfüllung der Bedingung die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst und als eine eingetretene angesehen werden soll. Vom Moment des Vertragsschlusses ab geht, da der Kauf perfekt ist, die Gefahr der Sache auf den Käufer über, ob sie auch bei ihm bleiben wird, das hängt davon ab, ob die Bedingung eintritt oder nicht. Defiziert die Bedingung, dann steht die Kraft des Vertrages für alle Zukunft fest, die Gefahr bleibt beim Käufer.

Für den Fall, dass die Sache beim Käufer von zufälligem Untergang oder Verschlechterung betroffen wird und hinterher die auflösende Bedingung eintritt, gab das gemeine Recht keine unbestrittene Entscheidung. Windscheid [3] folgert aus dem Wesen der auflös. Bedingung, dass bei Eintritt derselben der Zustand wiederhergestellt werden müsse, welcher vorhanden gewesen wäre, wenn

[1]) l. 2 pr. de in diem addict (18.2)

[2]) Windscheid, I § 81, Schulin über Resolutivbedingung und Endtermin S. 75, Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 38.

[3]) ibdem II § 390[10] § 387[10].

der Kauf nie abgeschlossen wäre, so dass also der Käufer sein Kaufgeld zurückerhält bezw. nicht zu leisten braucht, natürlich gegen Restitution dessen, was er noch restituieren kann, nämlich der Früchte und des Gewinnes der Zwischenzeit. Nach ihm hat also der Verkäufer den Schaden zu tragen.[1]

Der Haupteinwand gegen die Ansicht Windscheids ist der, dass man sagt, es sei das Wesen der resolutivbedingten Willenserklärung, dass sie in zwei Willenserklärungen zerfalle, eine Hauptwillenserklärung, die das Geschäft unbedingt wolle, und eine Nebenwillenserklärung, die unter einer aufschiebenden Bedingung die Wirkung der ersteren wieder aufheben wolle. Nach Untergang des Objekts aber könne die letztere nicht mehr wirksam werden,[2] eine Auflösung des Kaufes sei also nach Untergang der Sache auch durch Eintritt der Bedingung nicht mehr möglich, die Gefahr des Unterganges bleibe demnach beim Käufer, das peric. deteriorationis beim Verkäufer.[3] Für uns wird die Ansicht Windscheids schon deshalb als die wichtigere erscheinen müssen, weil sie höchstwahrscheinlich auch dem B.G.B. zu Grunde liegt. (Vgl. Begründung zum Entwurf I, Abt. II, Tit. I, S. 19 und 20).

[1]) Ebenso Wendt ib. II S. 109 fg. Chylarz ib. S. 48.

[2]) Dernburg II § 95 Anmerk. 11, Hofmann ib. S. 84.

[3]) Dagegen Czyblarz ib. S. 42. „An und für sich könnte auch nach zufälligen Untergang der Sache durch Eintritt der Beding. eine vollständ. Auflös. des Kaufes erfolgen, denn dass hierzu die Existenz des Kaufobjekts an sich nich notwendig sei, beweist die Zulässigkeit der redhilitio n a c h Untergang der Sache". (l. 31 § 11, l. 47 § 1, l. 48 D. de aed. ed. 21,1.

Bei den folgenden drei Hauptarten des resolutivbedingten Kaufes, die in den Quellen sehr ausführlich behandelt werden und im römischen Verkehrsleben eine grosse Bedeutung besessen zu haben scheinen, ergiebt sich ein wesentlich anderes Resultat, jedoch nicht deshalb, weil hier andere rechtliche Grundsätze zur Geltung gelangten, sondern weil hier durch den besonderen Inhalt der zugefügten Bedingung eine besondere Wirkung nicht rechtlicher, sondern thatsächlicher Natur herbeigeführt wird. Diese drei Fälle sind die der lex commissoria, in diem addictio und des pactum displicentiae, wovon die beiden ersteren in Form auflösender Bedingung vorbehaltene Rücktrittsrechte zu Gunsten des Verkäufers, der letztere zu Gunsten des Käufers vorstellen. Diese Scheidung ist im Auge zu behalten, denn eben der Umstand, dass die Bedingung zu Gunsten des Einen oder des Anderen hinzugefügt wird, bewirkt, dass auch in Bezug auf die Gefahrtragung bald der Verkäufer, bald der Käufer begünstigt ist.

Kauf mit lex commissoria.

Der unter Verabredung der lex commissoria geschlossene Kauf gilt im Zweifel unter der mehrfachen Resolutivbedingung [1] geschlossen, dass er aufgelöst sein soll 1. wenn der Käufer seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage nicht erfülle, und dass 2. dann der Verkäufer seinen Rücktritt vom Vertrage erkläre. Von dem letzteren Recht wird der Verkäufer aber nur in seinem

[1]) l. 1 de leg. comm. 18,3 magis est, ut sub condicione resolvi emptio, quam sub condicione contrahi videatur.

Interesse Gebrauch machen und namentlich dann nicht, wenn die Kaufsache untergegangen oder verschlechtert ist, so dass er es in der Hand hat, die Gefahr der Sache, die bei Abschluss des Vertrages auf den Käufer überging, auch bei diesem zu belassen. Sollte jedoch im besonderen Falle das Interesse des Verkäufers z. B. bei Zahlungsunfähigkeit des Käufers es verlangen, dass er sich lieber die Reste der untergegangenen oder verschlechterten Sache sichert, als ganz leer ausgeht, so treten bei Eintritt der auflösenden Bedingung die regelmässigen Folgen ein. Für das heutige Recht wird in dieser Hinsicht das moderne Versicherungswesen von Bedeutung sein, da derjenige, welcher die untergegangene Sache herauszugeben hatte, wenn dieselbe versichert war, den Anspruch auf die Versicherungssumme abzutreten hat. Dann kann der Verkäufer sogar bei Zahlungsfähigkeit des Käufers ein überwiegendes Interesse haben, sich anstatt der vielleicht alten und nicht recht gebrauchsfähigen Sache die hohe Versicherungssumme herausgeben zu lassen. Das gilt auch entsprechend für die Möglichkeit eines besseren Angebots nach kasueller Beschädigung der Sache bei der in diem addictio.

In diem addictio.

Im Fall der in diem addictio ist die Resolutiv-Bedingung die, dass 1. dem Verkäufer innerhalb bestimmter Zeit ein besseres Gebot auf die Sache gemacht wird, dass 2. der Verkäufer dasselbe annimmt und dass 3. nicht der benachrichtigte Käufer den Kauf unter den-

selben Bedingungen für sich aufrecht erhalten will. Im Zweifel ist auch hier Resolutiv-Bedingung anzunehmen.[1] Aus dem Inhalt der Bedingung geht schon hervor, dass die Gefahr der Käufer trägt, quomiam post interitum rei jam nec afferri potest melior condicio[2] und ist die Sache verschlechtert, so ist wohl auch ausgeschlossen, dass auf dieselbe noch ein besseres Gebot gemacht wird.

pactum displicentiae.

Das Gegenstück zu den beiden besprochenen zu Gunsten des Verkäufers getroffenen Nebenbestimmungen bildet das pactum displicentiae, (der resolutiv-bedingte Kauf auf Probe) welches den Inhalt hat, dass dem Käufer lediglich nach seiner Willkür der Rücktritt gestattet sein solle. Die meisten Juristen[3] nehmen die Möglichkeit einer Doppelgestaltung des pact. displ. an, eines mit lediglich obligatorischer Wirkung, wenn die Klausel eine Beziehung auf die Worte des ädilizischen Ediktes enthält, und eins mit der Wirkung der Resolutiv-Bedingung, und wollen für den ersten Fall den Rücktritt des Käufers auch nach Untergang der Sache zulassen nach Analogie der actio redhibitoria, während im zweiten Fall das Rücktrittsrecht regelmässig durch den Untergang, nicht aber auch durch die Verschlechterung ausgeschlossen werde. Windscheid[4] nimmt zwar auch

[1]) l. 2 de in diem add. 18,2.

[2]) l. 3 eod. l. 18,2.

[3]) Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht I S. 120. Windscheid II § 387. Hofmann a. a. O. S. 94.

[4]) a. a. O. II § 387 u. Anm. 10.

die Möglichkeit der Doppelgestaltung des pact. displ. an, scheidet aber nicht die Wirkung auf die Gefahrtragung, sondern lässt den Verkäufer sowohl die Gefahr des Unterganges wie die der Verschlechterung tragen. Andere [1] wieder folgern ihre Entscheidung aus der Lehre von den Bedingungen und sind einstimmig darin, dass die Verschlechterung der Ware kein Grund sei, dem Käufer die Ausübung seines Rücktrittsrechtes zu versagen, wohl aber der Untergang der Sache. Man begründet entweder, die Auflösung des Geschäftes sei dann unmöglich und der Preis müsse demnach gezahlt werden, oder eine untergegangene Sache könne nicht mehr geprüft oder missbilligt werden und dergl. mehr.[2]

[1]) Fitting, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. II S. 270, 277. Unger, ebenda III S. 413, Thöl, Handelsrecht 5. Aufl. § 259 Anm. 38.

[2]) Vgl. Bechmann a. a. O. S, 549 fl. der den Parteiwillen entscheidend sein lässt und nach seiner Auslegung bald den Käufer bald den Verkäufer die Gefahr tragen lässt. Czyhlarz a. a. O. S. 45 fl. der die Doppelgestalt d. pact. displ. leugnet u. an den aus den Redhibitionsgrundsätzen sich ergebenden Konsequenzen festhält d. h. annimmt, das d. resol.-bedingt. Kauf auf Probe auch nach Untergang der Sache durch d. Rücktritt des Käufers gelöst werden könne. S. 48.

Hauptteil.

Behandlung der Frage in der bisherigen Litteratur zum B.G.B.

Die Litteratur über das Recht des B.G.B., soweit sie dem Verfasser vorlag [1] hat sich mit dem vorliegenden Problem noch wenig beschäftigt und auch die wenigen Entscheidungen, die bisher vorliegen, entbehren meistens einer eingehenden Begründung. Die Gefahrfrage bei aufschieb. bedingt. Kauf ist dabei relativ am meisten behandelt worden, während die Frage des auflös. bedingt. Kaufes, soweit uns bekannt, nur bei Planck eine tiefergehende Würdigung gefunden hat. Widersprechende Ansichten darüber, wie die Frage bei aufschieb. bedingt. Kauf zu entscheiden sei, sind uns nicht aufgestossen, es sind fast überall die gleichen Entscheidungen getroffen worden. Die Schwierigkeit des Problems, wenigstens bei dem Fall des aufschieb. bedingt. Kaufes, liegt ja auch nicht darin, dass für widersprechende Ansichten sich gleich gewichtige Gründe anführen liessen, zwischen denen man sich zu entscheiden

[1]) Vgl. Literaturangabe S. 3.
[2]) Planck zu § 446.

hätte, sondern mehr darin, dass man die sich von selbst als vernünftig und billig aufdrängende Ansicht aus den allgemeinen Regeln des Gesetzbuchs bis in alle Konsequenzen zu begründen hat.

Die vorhandenen Ansichten über die Gefahrtragung bei aufschieb. bedingt. Kauf lassen sich in zwei Gruppen teilen, die sich durch die Art der zugefügten Begründung unterscheiden. Die Schriftsteller der ersten Gruppe folgern ihre Entscheidung aus der im § 158 gegebenen Regel über die Wirkung der Bedingung. Cosack[1] sagt, dass die bedingte Übergabe der Sache nicht genüge, um die Gefahr auf den Käufer zu übertragen, da die Wirkung des Kaufvertrages und damit die Verpflichtung des Käufers zur Preiszahlung erst mit Eintritt der Bedingung zu stande komme. Ebenso Emerich:[2] »Ist der Kauf unter einer Suspensiv-Bedingung geschlossen, dann treten nach § 158 die von der Bedingung abhängig gemachten Wirkungen erst mit deren Erfüllung ein, der Gefahrübergang vollzieht sich demnach, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, erst mit dem Eintritt der Bedingung, wenn die Sache schon übergeben ist«. Die Ausführungen Heilfron's[3] sind im wesentlichen dieselben: »Die Wirkung des aufschieb. bedingt. Kaufvertrages tritt — mangels anderweitiger rechtsgeschäftlicher Bestimmung, § 159 — erst mit dem Eintritt der Bedingung, also ohne Rück-

[1]) a. a. O. S. 397[10].

[2]) Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach B.G.B. S. 44.

[3]) Heilfron, Lehrb. d. bürgerl. Rechts II S. 392.

beziehung ein. Erst von diesem Augenblicke an geht also die Gefahr über. Ist die gekaufte Sache jedoch schon vorher übergeben worden, so wird häufig die Absicht der Beteiligten sein, dass der Eintritt der Bedingung zurückwirken soll«. Matthiass[1] vertritt dieselbe Ansicht ohne weitere Begründung«: Aber auch wenn die Übergabe stattgefunden hat, trägt der Verkäufer bis zur Erfüllung der Bedingung die Gefahr, wenn nicht der aufschiebenden Bedingung kraft Parteibestimmung rückwirkende Kraft beigelegt ist«. Diese Entscheidung wird von Schollmeyer[2] als die richtige vorausgesetzt, um aus ihr ein Argument gegen die Auffassung des Wiederkaufes als eines suspensiv-bedingt. Kaufes abzuleiten«: Denn an sich würde bei einem suspensiv-bedingten Vertrage der Wiederverkäufer die Gefahr zu tragen haben«. Die angeführten Juristen begnügten sich damit,durch die Entscheidung, dass bei aufschieb. bedingt. Kauf in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des § 158[1] die »Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung übergeht« nur den allgemeinen juristischen Gesichtspunkt und nicht die konkreten Rechtsfolgen anzugeben. Aber ebenso wie die Bestimmung des Gesetzes im § 446 an sich so unbestimmt ist, dass sie ohne die ausführenden §§ 459 und 462 garnicht als Rechtssatz funktionieren könnte,[3] so ist

---

[1]) Matthiass, Lehre. d. bürgerl. Rechts, S. 458.

[2]) Schollmeyer. das Recht d. einzelnen Schuldverh. im B.G.B. S. 83.

[3]) Vgl. Bernhöft, Kauf Miethe u. verwandte Verträge im Entwurf eines B.G.B. S. 44.

auch mit der Feststellung des allgemeinen juristischen Gesichtspunktes für die Gefahrtragung bei aufschieb. bedingt. Kauf nicht viel gewonnen, denn es bleibt durchaus im Ungewissen, was der Verkäufer verliert und wie er sich im Falle der Verschlechterung der Kaufsache mit dem Käufer auseinandersetzen muss.

Die Schriftsteller der zweiten Gruppe begründen ihre im Resultat mit den oben angeführten Entscheidungen übereinstimmenden Ansichten mehr aus den allgemeinen Regeln des Gesetzbuchs über die Unmöglichkeit der Leistung und geben dadurch den Weg an, auf dem man zu einer Feststellung der konkreten Rechtsfolgen des Gefahrüberganges kommen kann. Oertmann[1] begründet: »Ist der Kauf suspensiv-bedingt, so findet bei Untergang des Kaufobjekts während Schwebens der Bedingung die Situation gar nicht mehr die Vorbedingungen eines gültigen Kaufes — die Existenz einer Ware — vor. Folglich kann das Geschäft nicht gültig zu stande kommen, auch trotz etwa erfolgter früherer Übergabe. Der etwa gezahlte Preis ist zurückzuerstatten«. Bothe[2] geht von der Frage aus, in welchem Momente die Vorbedingung eines giltigen Vertrages, nämlich die Möglichkeit der Leistung, gegeben sein müsse, ob im Moment des Vertragsschlusses oder des Eintritts der Bedingung, und kommt im Hinblick auf § 308 zu dem Resultat, dass es genüge, aber auch notwendig sei,

[1]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 169[5].

[2]) Bothe, Begriff, Zweck u. Wirkung d. Bedingungen nach dem B.G.B. (Rostocker Inaug.-Diss.) S. 49.

dass der Gegenstand des Vertrages im Augenblicke des Eintritts der Bedingung vorhanden sei, damit die Wirkung des Vertrages eintreten könne. Deshalb trage bei bedingtem Kauf der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Unterganges während der Schwebezeit, gleichgültig, ob die Sache bereits übergeben ist, oder nicht. Den Kernpunkt der Frage trifft Planck,[1] dessen Begründung daher wörtlich folgen soll: »Bei aufschieb. Bedingung tritt die Wirkung des Kaufvertrages erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Es kommt also darauf an, ob in diesem Zeitpunkt der Verkäufer seine vertragsmässigen Verpflichtungen erfüllen kann. Ist ihm die Erfüllung infolge zufälligen Unterganges oder zufälliger Verschlechterung unmöglich geworden, so liegt die Voraussetzung des § 323 vor; er verliert damit den Ansprueh auf den Kaufpreis ganz oder teilweise. Dies gilt auch dann, wenn die Sache dem Käufer vor Eintritt der Bedingung übergeben war. Erst mit dem Eintritt der Bedingung geht also die Gefahr über. Ein früherer Zeitpunkt kann sich nach § 159 ergeben«.

Die Frage der Gefahrtragung bei resolutiv-bedingten Kauf ist in der Litteratur noch weniger ausführlich behandelt worden,wie bei aufschieb. bedingt.Kauf. Doch schon unter den wenigen ausgesprochenen Meinungen über diese Frage finden wir zwei fundamental von einander verschiedene Ansichten. Dies hat, wie weiter unten auszuführen sein wird, seinen Grund darin, dass bei diesem Teil der Frage allgemeine Rechts-

[1]) Planck, Komment. Ausführ. zu § 446.

begriffe wirksam werden, bezüglich deren Auffassung Kontraversen bestehen, was dann zur Folge hat, dass jenachdem die Ansichten über diese allgemeinen Begriffe auseinander gehen, auch die Anwendung auf unseren Fall verschiedene Resultate liefern muss.

So entscheidet Oertmann,[1] dass die Gefahr mit der Übergabe der Sache auf den Käufer übergehe und auch bei ihm bleibe: »Der Eintritt einer Resolutiv-Bedingung ist nach Untergang der Kaufsache unmöglich. Denn sie stellt nach der herrschenden und richtigen Ansicht eine neue Abrede dar auf Rückgängigmachung der Wirkungen des Hauptgeschäftes und diese Abrede kann eben nicht wirksam ins Leben treten, wenn sie die essentialia negotii im fraglichen Zeitpunkt nicht mehr vorfindet«. Er weist darauf hin, dass für das gem. Recht Windscheid,[2] sowie für das neue Recht Planck anderer Ansicht sei, letzterer auf Grund des Wortlauts von § 158[3], der jedoch den Eintritt der Resolutiv-Bedingung als geschehen voraussetze, aber nichts darüber sage, wann er geschehen könne. Es wird mit dieser Entscheidung eine Streitfrage in das neue Recht hinübergetragen, die, wie oben[2] gezeigt, im gemeinen Recht zu keinem allseitig anerkannten Abschluss geführt worden ist, die Frage nämlich, ob die Resolutiv-Bedingung eine selbständige Nebenbestimmung sei oder nicht. Derselben Ansicht ist Heilfron[3], jedoch mit einer sehr vagen Begründung: »Beim Eintritt der auflös.

[1]) a. a. O. S. 169[5].
[2]) siehe oben Seite 16 u. 17.
[3]) a. a. O. S. 392.

Bedingung tritt ebenfalls keine Rückwirkung ein. Da in der Zwischenzeit zwischen Übergabe und Rückgabe die Sache auf Gefahr des Käufers stand, so kann dieser den gezahlten Kaufpreis nicht oder nicht ganz zurückverlangen, wenn er die Sache nicht oder nicht unbeschädigt zurückgeben kann«.

Die andere mögliche Ansicht, nach welcher der Verkäufer die Gefahr der Sache während Schwebens der auflös. Bedingung trägt, vertritt Planck[1] mit ausführlicher Begründung. »Mit dem Eintritt der Bedingung endigt die Wirkung des Kaufvertrages (§ 158[2]). Der Verkäufer kann also jedenfalls, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, ihn jetzt nicht mehr verlangen. In wie weit er den gezahlten Kaufpreis zu erstatten hat, obwohl der Käufer wegen des zufälligen Unterganges oder zufälligen Verschlechterung der Sache diese garnicht oder nur in verändertem Zustande zurückgeben kann, hängt davon ab, ob die durch den Eintritt der auflösenden Bedingung entstehenden Verpflichtungen auf dem Kaufvertrage oder auf der ungerechtfertigten Bereicherung beruhen. Ist ersteres anzunehmen, so wird der Käufer des Anspruches auf Rückerstattung des Kaufpreises gemäss § 323 ganz oder teilweise verlustig, andernfalls hat der Verkäufer den ganzen Kaufpreis zu erstatten (§ 820) die letztgedachte Auffassung dürfte den Vorzug verdienen. Auch hier kann der § 159 zu einem anderen Ergebnisse führen«.[2]

[1]) a. a. O. S. 237.

[2]) Ebenso Cosack a. a. O. S. 397[10] ohne weitere Begründung.

Die Wertung der angeführten Ansichten an dieser Stelle würde uns zu Wiederholungen bei der Darlegung unserer eigenen Überzeugung nötigen, sie wird daher weiter unten ihren Platz haben, wo durch die Aufstellung abweichender Meinungen eine Auseinandersetzung mit den bisher angeführten Ansichten notwendig wird oder bei Bestätigung der hier ausgesprochenen ein Hinweis auf diese Stelle genügt.

Ansicht des Verfassers.

Die allgemeinen Regeln.

Das B.G.B. giebt über die Gefahrtragung beim Kauf während Schwebens einer Bedingung keine besonderen Vorschriften. Die Motive[1] sagen darüber: Die Frage wie, falls während schwebender Bedingung die Sache dem Käufer übergeben worden ist, es sich mit der Gefahrtragung verhalte, bleibt besser an der Hand der einschlagenden Vorschriften der Wissenschaft und Praxis zur Lösung überlassen«. Es ist in diesen Worten schon angedeutet, dass die Frage der Gefahrtragung bei bedingt. Kauf überhaupt erst aufgeworfen werden kann, wenn die Sache dem Käufer bereits übergeben ist, denn bis zur Übergabe resp. Absendung trägt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 446, 447 der Verkäufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung. Im Folgenden wird der bedingte Kauf von Grundstücken vorläufig ausser Acht gelassen

[1]) Motive S. 324.

werden, da für ihn Besonderheiten bestehen. Die »einschlagenden Vorschriften«, an deren Hand die Lösung der Frage vorgenommen werden soll, können nur sein die bei der Bedingung (§ 158 flg.) beim gegenseitigen Vertrage (§ 320 flg., vor allem in § 323) und beim Kauf (§ 433 flg.) gegebenen allgemeinen Grundsätze, und es ist notwendig, diese allgemeinen Grundsätze eingehend zu erörtern, soweit wenigstens, als sie bei der Lösung unseres Problems relevant werden. Dies wird also bei den Punkten der Arbeit geschehen müssen, wo aus den allgemeinen Regeln ein Argument für die aufgestellte Ansicht entnommen wird. Der Begriff der Bedingung wird vom B.G.B. vorausgesetzt und ist daher dem bisherigen Recht zu entnehmen. Auf das Wesen der Bedingung einzugehen, würde zu weit führen und hier auch von geringem Nutzen sein, da ihre Wirkung durch das Gesetz klar geregelt ist und nur die Anwendung dieser Regeln auf den Einzelfall Schwierigkeiten machen kann. Da jedoch die alte Streitfrage nach der Einheitlichkeit der resolut.-bedingt. Willenserklärung wieder aufgeworfen worden ist[1] und diese Frage in ihren Konsequenzen für die Erledigung unseres Problems von Bedeutung ist, so muss bei Besprechung des resolut.-bedingt. Kaufes auf diese Kontraverse kurz eingegangen werden.

Anwendung derselben auf den aufschieb. bedingt. Kauf.

Über die Wirkung der aufschiebenden Bedingung sagt das Gesetz im § 158[1]: Wird ein Rechtsgeschäft

[1]) siehe oben S. 27.

unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein« und im § 159: »Sollen nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Beteiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre«. Die Wirkung des Eintritts der Bedingung ist verschieden, jenachdem aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, also aus der klar ausgesprochenen oder ergänzten Parteiabsicht hervorgeht, dass eine Rückbeziehung der Folgen eintreten soll oder nicht. Ist demnach ein Kauf abgeschlossen worden unter der aufschieb. Bedingung im Sinne des § 158[1], so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein. Diese Wirkung ist beim Kaufvertrag die Entstehung der Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und des Verkäufers zur Verschaffung der Sache, so wie sie beim Abschluss des Vertrages ist. Tritt die Bedingung nicht ein, dann entsteht für den Käufer keine Verpflichtung, den Preis zu zahlen, da ja feststeht, dass der Kaufvertrag die beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht erzeugt. Der Verkäufer kann vom Käufer die bereits übergebene Sache zurückverlangen, ist dieser durch zufälligen Untergang derselben dazu ausser Stande, dann ist er von seiner Rückgabeverbindlichkeit befreit;

hat er die Sache noch, wenn auch durch Zufall verschlechtert, so giebt er sie in diesem Zustande zurück, ohne zu irgend einem Ersatz verpflichtet zu sein. Die ganze Gefahr trägt der Verkäufer.[1]

Bei der folgenden Darstellung ist in allen Fällen vorausgesetzt, dass die Kaufsache nach Abschluss des bedingt. Kaufvertrages bereits dem Käufer übergeben bezw. an ihn abgesendet ist. Diese Übergabe erfolgt nicht auf Grund einer schon bestehenden Verbindlichkeit, sondern im Hinblick auf die mögliche Entstehung einer solchen, oder aus anderen Gründen, zum Zweck der Besichtigung, der Probe etc. Die Denkschrift zum Entw. I.[2] betont, dass eine solche Übergabe nicht die gefahrübertragende Wirkung der Übergabe im Sinne des § 446 haben könne, da für den Gefahrübergang die Übergabe wesentlich als Erfüllung in Betracht komme. Das ist richtig, doch sagt es nichts darüber, wann denn bei bedingt. Kauf die Gefahr übergehe und wie sie sich, solange sie der Verkäufer trägt, auf sein Vermögen äussert.

Es ist hier mehrfach der auch vom Gesetz in den §§ 446, 447, 459 gebrauchte Ausdruck: »Die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung geht vom Verkäufer auf den Käufer über« angewendet worden. Dieser Ausdruck ist nicht sehr plastisch und vermittelt keine klare Vorstellung von dem Wesen der Gefahrtragung. Wenn man sagt: »Die Gefahr geht über«

[1]) vgl. Denkschrift z. Entw. I, II. Abschnitt S. 19.
[2]) S. 19.

so erweckt es die Vorstellung, als ob der Inhalt der Gefahr für den Verkäufer der gleiche sei, wie für den Käufer. Das ist jedoch nicht der Fall. Vom Verkäufer gesagt, er trägt die Gefahr, bedeutet es, er erleidet einen Schaden dadurch, dass die Sache zufällig untergeht oder verschlechtert wird; dieser Schade ist jedoch nicht die direkte Vermögensminderung, die dadurch entsteht, dass eine in seinem Vermögen befindliche Sache untergeht oder an Werth verliert, denn er war ja ohnehin verpflichtet, die Sache einem Anderen zu geben, sie zu verlieren, sondern sein Schade besteht darin, dass er den Kaufpreis, den er als Äquivalent der Sache in sein Vermögen überführen wollte, ganz oder teilweise verliert, so dass bei besonders vorteilhaftem Verkauf sein Schade den Wert der Sache übersteigen kann. Für den Käufer dagegen bedeutet die Gefahr die direkte Vermögensverminderung, die er durch zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Sache, die nach B.G.B. regelmässig in sein Eigentum übergegangen ist, erleidet. Dies ist für das Folgende wohl im Auge zu behalten, da wir den Ausdruck des Gesetzes der Kürze halber beibehalten.

Bei Untergang der Sache.

Ist vor Eintritt der aufschieb. Bedingung die übergebene Sache zufällig untergegangen, so liegt im Falle des Eintritts der Bedingung nach Planck[1] die Voraussetzung des § 323 vor, also ein Fall nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit. Da aber, wie voraus-

[1]) a. a. S. 237.

gesetzt, die Sache vor Eintritt der Bedingung untergegangen ist, also vor dem Moment, in welchen erst die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Sache entsteht, so kann von einer nachträglichen Unmöglichkeit, die das Vorhandensein der Verpflichtung voraussetzt, so ohne weiteres nicht gesprochen werden. Doch liegt auch nicht die ursprüngliche Unmöglichkeit des § 306 vor, da ja bei Abschluss des Vertrages die Sache existierte. Wir haben bei dem bedingt. Rechtsgeschäft die Besonderheit eines aus zwei Elementen zusammengesetzten juristischen Thatbestandes, die bedingte Willenserklärung und der bedingende Umstand, beide müssen zur Erzeugung der gewollten Rechtswirkung notwendig zusammenwirken. Es ist ein sich successiv realisierender Thatbestand, durch den Willen der Parteien ist zu den zur Entstehung der Rechtswirkungen schon von Gesetzeswegen vorausgesetzten Thatbestandsstücken ein weiteres, der Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses hinzugesetzt.[1] Bevor dies letzte Thatbestandsstück sich verwirklicht, ist für die beabsichtigte Wirkung schon der Boden entzogen, der Gegenstand des Geschäfts ist untergegangen. Da die Existenz des Gegenstandes d. h. die Möglichkeit der Leistung, zu den Erfordernissen gehört, die erst im Moment des Eintritts der Bedingung vorzuliegen brauchen, deren Fehlen bei Abschluss des Vertrages also nicht nach § 306 Nichtigkeit des Geschäfts herbei-

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 324. Kuhlenbeck a. a. O. S. 365 fl.

führt, andererseits aber aus den angeführten Gründen nicht von einer nachträglichen Unmöglichkeit gesprochen werden kann, so wird man den § 323 analog anwenden müssen und entscheiden, dass der Verkäufer, da feststeht, dass er seine Leistung nicht wird bewirken können, auch den Anspruch auf die Gegenleistung, den Kaufpreis, verliert. Hieraus ergiebt sich auch der Moment des Gefahrüberganges, es ist der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung, denn existierte dann die Sache noch, so hat der Verkäufer, da er schon übergeben hatte, seine Verbindlichkeit im selben Moment, wo sie entstand, erfüllt.

Bei Verschlechterung der Sache.

Wie aber, wenn die Sache vor Eintritt der Bedingung nur verschlechtert wird d. h. eine Veränderung erleidet, durch die eine Minderung ihres Wertes oder ihrer Tauglichkeit herbeigeführt wird? Hier kann der Verkäufer noch leisten im Moment des Eintritts der Bedingung, die Entstehung der abhängig gemachten Wirkung ist an sich durch die Verschlechterung der Ware nicht gehindert, nur fragt sich, kann der Verkäufer für seine verschlechterte Ware den vollen vereinbarten Kaufpreis fordern oder muss er sich einen Abzug gefallen lassen? Nach Planck[1] ist auch in diesem Falle der § 323 ohne weiteres anzuwenden und zu entscheiden, dass der Verkäufer den Kaufpreis nur noch teilweise fordern kann. Jedoch ist es erstens überhaupt fraglich, ob die Voraussetzungen des § 323

[1]) Siehe oben S. 26.

im Falle zufälliger Verschlechterung der Sache gegeben sind und auch, wenn man dies zugiebt, wird sich zeigen, dass die alleinige Anwendung desselben nicht ausreicht und andererseits ein inhaltlich unbefriedigendes Ergebnis liefert.

Im § 323 ist nicht von der Leistung verschlechterter Sachen die Rede, sondern nur von »teilweiser Unmöglichkeit der Leistung«. Es heisst: »Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maassgabe der §§ 472, 473«. Von teilweiser Unmöglichkeit kann aber nur da gesprochen werden, wo es sich um eine teilbare Leistung handelt, d. h. um eine Leistung, die in Teile zerlegt werden kann, von denen jeder für den Gläubiger verhältnismässig den gleichen Wert hat wie die ganze Leistung.[1] In dem seltenen Falle, wo es sich um die Leistung einer teilbaren Sache handelt, würde bei Untergang eines Teiles derselben die Voraussetzung des § 323 vorliegen und die Bestimmung desselben ausreichen, um nach § 472, 473 die Preisminderung eintreten zu lassen. In den meisten Fällen jedoch, wo die Lieferung einer unteilbaren Sache versprochen ist und die Sache nachher nur teilweise oder verschlechtert (qualitativ oder quantitativ) geliefert werden kann, würde man vom Standpunkt des Empfangsberechtigten aus sagen müssen, dass die ursprüngliche Leistung ganz unmöglich geworden ist, da er durch die jetzt noch erfolgende nicht das erhält, was er bei Abschluss des Vertrages zu bekommen hoffte.

[1]) Cosack S. 298.

Nach dieser Anschauung würde der Käufer bei Verschlechterung der Sache den Kaufpreis ganz verweigern können. Dies aber würde dem Prinzip des § 323 Abs. 1 durchaus widersprechen. Er giebt nämlich im Falle unverschuldeter teilweiser Unmöglichkeit dem Empfangsberechtigten nicht das Recht, die teilweise Leistung. zurückzuweisen und unter Verweigerung seiner Leistung vom ganzen Vertrage zurückzutreten; denn dies hiesse den Gläubiger bevorzugen, da das gleiche Recht dem Schuldner nicht gegeben ist. Der Schuldner ist vielmehr verpflichtet, die noch mögliche Teilleistung zu bewirken und der Gläubiger seinerseits muss dieselbe annehmen, nur mindert sich ipso jure seine Gegenleistung nach Maassgabe der §§ 472, 473. Wenn man nun überhaupt unter der teilweisen Unmöglichkeit des § 323 Abs. 1 auch den Fall der Verschlechterung der zu liefernden Sache mit einbegreifen will, so würde die Konsequenz die sein, dass der Käufer im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung die verschlechterte Sache zu nehmen gezwungen ist, allerdings gegen Minderung des zu zahlenden Kaufpreises. Die Wandelung wegen eines während der Schwebezeit der Bedingung hervorgetretenen Fehlers könnte demnach dem Käufer nach § 323 nicht zugestanden werden, selbst wenn die Leistung derselben infolge eines erheblichen Mangels gar kein Interesse mehr hätte. Dies ergiebt kein befriedigendes Resultat, denn warum sollte man den Käufer aus einem bedingten Kaufvertrag schlechter stellen, als den aus einem unbedingt ge-

schlossenen, der doch nach § 462 das Recht der Minderung und Wandelung hat? Und wie ferner soll sich der Käufer bei bedingtem Kauf von Vieh im Sinne des § 481 helfen, wo ihm nach § 487[1] nur das Recht der Wandelung zusteht? Das Richtige wird wohl sein, dass die allgemeinen Vorschriften des § 323 durch die spezielleren des § 459 und 462 ergänzt und modifiziert werden. Im § 459 und 462 ist ausgeführt, was das Gesetz unter der im § 446 gegebenen Regel, dass der Verkäufer die Gefahr zufälliger Verschlechterung bis zur Übergabe trage, versteht. Der Inhalt der Gefahr wird dahin bestimmt, »dass der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür haftet, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern« und dass der Käufer das Recht hat, wegen eines der angeführten Mängel Wandelung oder Minderung zu verlangen. Man könnte zwar einwenden, dass im § 459 der Moment des Gefahrüberganges als bekannt vorausgesetzt sei, da es heisst »zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht« und daraus schliessen, dass er hier, wo es sich darum handelt festzustellen, wann die Gefahr übergehe, nicht zum Beweise herangezogen werden könne. Jedoch will das Gesetz im § 459 mit der angeführten Wendung nur rein äusserlich den Zeitpunkt der Übergabe resp. Versendung (Umschreibung) als den maassgebenden bezeichnen, denn die Thatsache, dass

der Verkäufer wegen Mängel haftet, die die Sache in diesem Moment aufweist, bewirkt ja doch erst, dass er die Gefahr bis zu diesen Augenblick trägt, nur deswegen kann man erst sagen, der Verkäufer trägt die Gefahr der Verschlechterung. Sonst würde der § 459 lediglich eine Tautologie enthalten. Da aber, wie oben festgestellt, der dem maassgebenden Zeitpunkt im § 459 beim bedingten Kauf entsprechende Zeitpunkt der Moment des Eintritts der Bedingung ist, unterliegt die Anwendung des § 459 und 462 keinen Schwierigkeiten und es ist zu entscheiden, dass der Käufer wegen einer vor Eintritt der Bedingung erfolgten Verschlechterung der Sache sich auf die §§ 459 und 462 berufen kann. Die Rechte des Käufers auf Wandelung oder Minderung bedeuten den Inhalt der Gefahr d. h. des Schadens, den der Verkäufer zu tragen hat. Jedoch tritt durch die Anwendung des § 459 zu Gunsten des Verkäufers die aus § 323 nicht abzuleitende Regel ein, dass eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt.

Kauf auf Probe.

Das B.G.B. giebt für die Beurteilung der juristischen Natur des Kaufes auf Probe oder Besicht nach dem Vorgange des Handelsgesetzbuchs Art. 339 eine Dispositmaassregel, um die Zweifel des gemeinen Rechts über die Zulässigkeit einer in das blosse Wollen des Verpflichteten gestellten Bedingung auszuschliessen.[1]

[1]) **Motive S. 333. vgl. Entwurf I 479 Abs. 2.**

Es bestimmt im § 495: »Bei einem Kauf auf Probe oder Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschieb. Beding. der Billigung geschlossen«, und fügt im § 496 hinzu, dass diese Billigung nur innerhalb einer bestimmten, entweder vereinbarten oder vom Verkäufer gesetzten angemessenen Frist erteilt werden kann, und dass das Schweigen des Käufers, wenn ihm die Sache bereits übergeben war, als Billigung gelten soll. Der letzteren Bestimmung wegen meint Planck,[1] dass es sich beim Kauf auf Probe nicht um eine auf das blosse Wollen des Verpflichteten gestellten Bedingung handele, denn der Kauf sei dadurch bedingt, dass der Käufer sich innerhalb bestimmter Frist über die Billigung erkläre, wodurch allerdings ein von dem Willen des Verpflichteten unabhängiges Moment, der Zeitablauf, hinzu kommt. Beim Kauf auf Probe ergiebt sich für die Gefahrnormierung dasselbe Resultat wie bei dem besprochenen Resultat des aufschieb. bedingt. Kaufes. Eine Besonderheit liegt nur darin, dass der Käufer während der für die Erklärung der Billigung gesetzten Frist den Eintritt der Bedingung in der Hand hat.

Fall der gewollten Rückbeziehung.

Sollen nach dem Willen der Parteien die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind nach der Dispositivregel des § 159 die Beteiligten verpflichtet

[1]) a. a. O. S. 270.

einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären. Diese Rückbeziehung ergiebt für die Gefahrtragung das umgekehrte Ergebnis, wie für den besprochenen Fall ohne Rückbeziehung. Vorausgesetzt ist, wie überall, dass die Sache schon übergeben ist. Wird nach der Übergabe und nach dem Zeitpunkt, auf den die Folgen zurückbezogen werden sollen, die Sache von zufälligem Untergang oder Verschlechterung betroffen, so muss nichtsdestoweniger der Käufer den vollen Kaufpreis (mit Zinsen) zahlen, denn er muss das leisten, was der Verkäufer haben würde, wenn seine, des Käufers, Verpflichtung schon in dem »früheren Zeitpunkt« entstanden wäre. Der Verkäufer hat seinerseits dem Käufer das gewährt, was er haben würde, wenn die Pflicht, die Sache zu verschaffen, schon früher entstanden wäre, er hat ihm die Sache fehlerlos und heil übergeben. Der Käufer trägt in diesem Fall die Gefahr der Sache und zwar ist der Moment, in welchem die Gefahr auf ihn übergeht

1. wenn der frühere Zeitpunkt vor der Übergabe der Sache liegt, der Augenblick der Übergabe,

2. wenn der »frühere Zeitpunkt« nach der Übergabe gesetzt wird, dieser.

Anwendung auf den auflös. bedingt. Kauf.

Wir kommen jetzt zur Besprechung der Wirkung der auflösenden Bedingung auf die Gefahrtragung beim Kauf. Das B.G.B. bestimmt im § 158:[2] Wird

ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endigt mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts, mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein«. Beim Abschluss eines Kaufs unter einer auflösenden Bedingung entstehen zunächst die beiderseitigen Verpflichtungen genau wie beim unbedingten Geschäft sofort mit Abschluss des Vertrages und die Gefahr geht auf den Käufer über nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 446, 447. Sobald feststeht, dass die Bedingung nicht mehr eintreten kann, ist zugleich entschieden, dass die Gefahr auch beim Käufer bleibt, er muss den vollen bedungenen Preis zahlen, denn die vorher bestehende Möglichkeit der Aufhebung seiner Verpflichtung ist nunmehr ausgeschlossen. Für die Zeit des Schwebens der Bedingung, die durch die Sicherheit des Nichteintritts der Bedingung beendigt wird, hat demnach den Schaden des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Käufer zu tragen.

Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung endigt die Wirkung des Kaufvertrages. Der Käufer ist seiner Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, ledig und er kann ihn zurückfordern, wenn er ihn schon gezahlt hat. Umgekehrt kann der Verkäufer die übergebene Sache zurückverlangen. Ist diese während der Schwebezeit der Bedingung untergegangen oder ist sie verschlechtert worden, so entsteht die Frage, muss der Verkäufer den ganzen Preis dem Käufer zurückerstatten, wenn dieser ihm die Sache überhaupt nicht oder er-

heblich verschlechtert herausgeben kann oder ihm einen vielleicht sehr fragwürdigen Anspruch auf Schadensersatz gegen einen Dritten abtritt? — oder muss man nicht eine gegenseitige Abhängigkeit der Zurückleistungspflichten in der Art annehmen, dass bei vollständiger Unmöglichkeit der Sache der Verkäufer von der Rückgabe des Kaufpreises befreit wird, bei Verschlechterung der Sache der Verkäufer den Preis mindern darf, so dass er einen der Werthminderung entsprechenden Teil des Kaufpreises behält? Die Beantwortung hängt davon ab, ob man die bei Eintritt der auflösenden Bedingung entstehenden Verbindlichkeiten auf den Kaufvertrag oder auf die ungerechtfertigte Bereicherung zurückführt.[1]

Für die erste Auffassung kann man anführen, dass aus dem Wesen der auflös. bedingt. Willenserklärung beim Kauf hervorgehe, dass die bei Eintritt der Bedingung entstehenden Verpflichtungen als gegenseitige, von einander abhängige angesehen werden müssen. Das Gesetz hat bei Bestimmung der Wirkung der auflös. Bedingung den Wortlaut so gewählt, dass die Frage offen bleibt, ob das auflös. bedingt Rechtsgeschäft ein einheitliches ist, oder ob in Wirklichkeit zwei Rechtsgeschäfte vorhanden sind, von denen das eine die rechtliche Wirkung unbedingt hervorbringen will, während das andere unter einer aufschiebenden Bedingung das erste wieder rückgängig machen will. Die

[1]) Vgl. Planck. oben S. 28.

Litteratur[1] des B.G.B. ist fast übereinstimmend der Ansicht, dass die Bedingung zusammen mit der Hauptwillenserklärung ein Rechtsgeschäft bildet. Nicht zwei selbständige Willenserklärungen stehen sich gegenüber, sondern die bedingte Willenserklärung ist die Erklärung eines so und so geeigenschafteten Willens derart, dass Hauptwillenserklärung und Bedingung einer getrennten Behandlung nicht fähig sind. Die Entstehungsgeschichte des § 158 ergiebt, dass auch das Gesetz die aufschiebend und auflösend bedingten Rechtsgeschäfte in dieser Beziehung gleichstellen will, und einen weiteren Beweis enthalten alle diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz die Hinzufügung einer Bedingung zu gewissen Rechtsgeschäften verbietet, und, wenn trotzdem ein solches Rechtsgeschäft unter einer Bedingung vorgenommen wird, die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes ausspricht, ohne einen Unterschied zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen zu machen. Aber gleichviel, welche Auffassung man teile, jedenfalls ist als der rechtliche Erzeugungsgrund für die beim Eintritt der auflös. Bedingung erfolgende Wirkung der in dem auflös. bedingt. Rechtsgeschäft erklärte Wille der Parteien anzusehen. Der Wille der Parteien aber ist beim Kauf, dem gegenseitigen Vertrage par

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 324. Matthiass S. 231. Motive S. 250: „Jedenfalls kann auch bei Annahme einer unbedingt. Haupt- und einer bedingt. Nebenwillenserklärung das Verhältnis dieser beiden Willenserklärungen zu einander nicht als das zweier trennbaren, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte betrachtet werden, und damit verliert die Meinungsverschiedenheit ihre praktische Bedeutung".

exellence auf die Hervorbringung gegenseitiger, von einander abhängiger Verpflichtungen gerichtet. Der Käufer will den Kaufpreis doch nur zahlen, wenn er die Sache bekommt und der Verkäufer die Sache hingeben, wenn er den Preis dafür erhält. Haben nun die Parteien in demselben Vertrage bestimmt, dass bei Eintritt eines gewissen Umstandes der Vertrag als aufgelöst gelten solle, dann muss man als die Absicht der Parteien annehmen, dass sie die empfangenen Leistungen nur dann zurückgewähren wollen, wenn sie das ihrerseits Geleistete ebenfalls zurückerhalten.

Der Verkäufer trägt die Gefahr.

Diese Auffassung, nach welcher die Gefahr der Sache während der Schwebezeit der Käufer zu tragen hätte, kann aber nicht als der Sinn des Gesetzes angesehen werden und zwar aus folgenden Gründen.

Begründung aus Interpretation des § 158².

1. Schon der Wortlaut des § 158² ergiebt, dass das Gesetz bei Eintritt der auflös. Bedingung nicht die Entstehung gegenseitiger Verpflichtungen will. Es heisst dort: . . . »es endigt die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt der Bedingung: mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein«. Es entsteht also nicht die Verpflichtung, die eingetretenen rechtlichen Wirkungen wieder aufzuheben, sondern diese Aufhebung erfolgt von selbst und zwar

in der Art, dass der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage sind auf beiden Seiten glatt aufgehoben ipso jure, sind auf Grund derselben schon Leistungen gemacht worden, so entfällt für diese jetzt hinterher die causa und es ist Sache jeder Partei, sich ihre Leistung zurückgeben zu lassen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 820) oder auch von des Verkäufers Seite aus mit der Eigentumsklage.

argumentum a contrario.

2. Gegen die erstere Auffassung spricht auch der Umstand, dass nach ihr die Frage der Gefahrtragung verschieden beantwortet werden müsste, je nachdem der Käufer seine Verpflichtung schon erfüllt hat oder nicht. Im Moment des Eintritts der Bedingung verliert der Verkäufer das Recht auf den Kaufpreis. Hat der Käufer noch nicht gezahlt, so kann er das Kaufgeld jetzt nicht mehr verlangen, der Käufer behält den vollen Preis, auch wenn er die Sache nicht oder verschlechtert zurückgiebt. Hatte er dagegen seiner Verbindlichkeit genügt, so würde er, wenn die erstere Ansicht die richtige wäre, da er selbst seiner Rückgabepflicht nicht voll genügen kann, den Anspruch auf Rückzahlung des Geldes ganz oder teilweise verlieren. Es wäre somit eine Prämie auf die Nachlässigkeit des Käufers gesetzt. Eine solche Unterscheidung kann unmöglich in der Absicht des Gesetzes liegen.

Analogie mit dem vertragsmässigen Rücktrittsrecht.

3. Das wichtigste Argument gegen die erstere Auffassung hat das B.G.B. in seinen Bestimmungen über das vertragsmässige Rücktrittsrecht gegeben. Die Formen bedingten Kaufes, die im römischen Rechte eine so grosse Rolle spielten, die lex commissoria, in diem addictio und das pactum displicentiae sind nach dem B.G.B. unter den Gesichtspunkt des vertragsmässig ausbedungenen Rücktrittsrechts gestellt worden, welches sich in seiner Wirkung von der auflösenden Bedingung nur dadurch unterscheidet, dass durch die Ausübung des Rücktrittsrechtes die Beteiligten obligatorisch verpflichtet werden, denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen wäre (§ 346 fl.), während bei Eintritt der auflösenden Bedingung der frühere Rechtszustand ipso jure wieder eintritt. Es werden Fälle auflösend bedingter Geschäfte vorkommen, bei denen man zweifelhaft sein wird, ob eine auflös. Bedingung oder der Vorbehalt eines Rücktrittsrechtes von den Parteien gewollt ist. Besonders dann, wenn die Parteien eine Doppelbedingung gesetzt haben in der Art, dass nach Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses der Wille eines der Beteiligten hinzutreten müsse, um das Geschäft aufzulösen, wo also eine Doppelbedingung vorliegt, von denen die eine lautet, si volam.[1] Es lässt sich nicht leugnen, dass zwischen der (im Fall der gewollten Rückbeziehung) nur obligatorisch wirken-

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 128.

den und zugleich auf den Willen eines Beteiligten gesetzten Resolutivbedingung und dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts kaum ein Unterschied besteht. Da die beiden Institute eine so grosse Verwandtschaft zeigen, dass sie von den Parteien wohl selten bewusst auseinandergehalten werden, kann man nicht wohl annehmen, dass das Gesetz ihre Wirkung auf den Kaufvertrag in Bezug auf die Gefahrtragung verschieden hat bestimmen wollen. Nun wird nach § 350 »der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist«, wobei man durch den umfassenderen Begriff des Unterganges den milderen Fall der Verschlechterung als mitumfasst annehmen muss. Diese Bestimmung ist nicht ohne Widerspruch in das Gesetz aufgenommen worden.[1] Es wurde hauptsächlich gegen sie geltend gemacht »dass die Vereinbarung des Rücktrittsrechtes die Bedeutung eines obligatorischen Nebenvertrages habe, welcher zu dem unbedingt geschlossenen Hauptvertrage hinzutrete und mindestens ähnlich so wie ein gegenseitiger Vertrag zu behandeln sei. Auf Grund des die Auflösung vorsehenden Nebenvertrages könne der Käufer allerdings bis zum Ablauf der im Vertrage festgesetzten Frist die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, dieser Anspruch beruhe jedoch nicht auf einer einseitigen Verpflichtung des Verkäufers, sondern sei nach dem Inhalt des Nebenvertrages von der Zurückgewährung des

[1]) Protokolle f. d. II. Les. S. 791.

Kaufgegenstandes abhängig gemacht«. Dagegen wurde in der Kommission [1] von der Mehrheit beschlossen, die Bestimmung des § 350 aufzunehmen, indem der vorstehenden Ausführung entgegengesetzt wurde: »Der dagegen angeführte obige Grundsatz sei nur vom Standpunkt des Verkäufers aus gerechtfertigt. Versetze man sich in die Lage des Käufers, so gelange man zum umgekehrten Ergebnisse. Hätte der Käufer die Sache nicht erhalten und wäre sie beim Verkäufer untergegangen, so würde er auch den Kaufpreis nicht gezahlt haben. Das aus dem Rücktritt sich ergebende Rechtsverhältnis könne ferner den für die gegenseitigen Verträge geltenden Grundsätzen nicht untergestellt werden. Die gegenseitigen aus den Rücktritt entstehenden Verpflichtungen ständen nur insofern in einem gewissen Zusammenhange, als sie Zug um Zug zu erfüllen seien«. Wenn das Gesetz die bei Ausübung des Rücktrittsrechtes entstehenden Verpflichtungen nicht als gegenseitige anerkennen will, wo doch ihre Entstehung aus dem obligatorischen Nebenvertrag zweifellos ist, so muss man das umsomehr annehmen für die beim Eintritt der auflös. Bedingung entstehenden, da ja ausserdem, wie oben gesagt, die auflös. Bedingung unter Umständen mit dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts fast identisch ist.

Fasst man diese drei Gründe zusammen, so wird man nicht umhin können, als den Sinn des Gesetzes anzunehmen, dass der Verkäufer bei Eintritt der auflös.

[1]) Prot. d. Comm. f. d. II. Les. S. 793.

Bedingung den vollen Kaufpreis zurückzahlen muss resp. das Recht auf denselben verliert, auch wenn die Sache vorher untergegangen oder verschlechtert ist.

Mit der vorstehenden Ausführung ist zugleich die abweichende Ansicht Oertmanns[1] widerlegt, da erstens die herrschende Ansicht das resolutiv-bedingte Geschäft als ein einheitliches auffasst und dann das Gesetz im Falle des vorbehaltenen Rücktritts selbst einen Nebenvertrag nach Untergang des Gegenstandes noch wirksam werden lässt. Zu dem richtet sich die Entscheidung der Gefahrfrage nach dem Mass der Abhängigkeit, was man den bei Eintritt der Resolutiv-Bedingung entstehenden Zurückleistungspflichten zuerkennt und dies ist, wie nachgewiesen, unabhängig davon, ob man das auflös. bedingt. Geschäft als ein einheitliches auffasst oder nicht.

Fall der gewollten Rückbeziehung.

Wie bei der aufschiebenden Bedingung, so kann auch bei der auflös. Bedingung der Wille der Parteien dahin gehen, dass die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden sollen. Nach § 159 sind die Beteiligten dann verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären. In Bezug auf die Gefahrtragung wird dadurch an der oben festgestellten Regel nichts geändert. Der Käufer ist verpflichtet, den Verkäufer

[1]) Siehe oben S. 27.

hinsichtlich der Sache in die Lage zu versetzen, in der er sein würde, wenn er sie nicht verkauft und übergeben hätte. Ist die Sache bei ihm von zufälligem Untergang oder Verschlechterung betroffen worden, so müsste man, wenn man die obige Regel nicht gelten lassen wollte, beweisen, dass die Sache beim Verkäufer nicht von dem Unfall betroffen worden wäre; man müsste unterscheiden zwischen Gefahren, welchen die Sache auch beim Verkäufer ausgesetzt ist und solchen, die in den besonderen Verhältnissen des Käufers begründet sind. Diese Unterscheidung ist in der Kommission für die II. Lesung[1] für dieselbe Frage beim Rücktrittsrecht beantragt, von der Mehrheit aber bei Fassung des § 350 entschieden abgelehnt worden, da der Beweis mit Sicherheit überhaupt nicht zu führen sei und durch diese Unterscheidung bewirkt werde, dass dem Käufer ein an sich erlaubter Gebrauch der Sache, bei welchem diese von der Gefahr betroffen wird, zum Schaden ausschlage, wenn der Verkäufer den Gebrauch erweislich nicht gemacht hätte. Man darf daher auch für den Fall der Rückbeziehung bei der auflös. Bedingung annehmen, dass das Gesetz diese Unterscheidung hier nicht hat machen wollen, so dass auch hier der Verkäufer der mit der Gefahr Belastete ist.[2]

---

[1]) Protok. S. 793.

[2]) Abweich Planck S. 237.

Pactum reservati dominii.

Zwei vom B.G.B. besonders behandelte Fälle des Kaufs, die hier noch in Betracht kommen können sind der nach § 455 abgeschlossene Kauf unter Vorbehalt des Eigentumes und die vertragsmässige Einräumung des Wiederkaufsrechts nach § 497 fl. Der § 455 stellt die Dispositivregel auf, dass, wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache sich das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten habe, im Zweifel anzunehmen sei, dass die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt sei, und dass der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein solle, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Der Vorbehalt des Eigentums äussert demnach seine Wirkung sowohl auf das dingliche Übereignungsgeschäft wie auf den kausalen obligatorischen Vertrag, indem ersteres als aufschiebend-bedingt anzusehen ist, der letztere durch Ausübung des Rücktrittsrechts seitens des Verkäufers rückgängig gemacht werden kann. Der Kaufvertrag ist aber fertig und unbedingt abgeschlossen und der Käufer ist sofort zur Zahlung des Preises verpflichtet. Die Hinausschiebung der Zahlung hat nur die Wirkung, dass der Übergang des Eigentums an der Kaufsache hinausgeschoben wird. Des Käufers Verpflichtung zur Zahlung bleibt dadurch unverändert, auch dann, wenn die Sache untergegangen oder verschlechtert ist. Im Gegenteil wird es jetzt erst recht anzunehmen sein, da jetzt am wenigsten zu erwarten

ist, dass der Verkäufer von dem ihm zustehenden Rücktrittsrechte Gebrauch macht, wozu ihn selbstverständlich der Käufer nicht zwingen kann. Solange der Verkäufer in Anbetracht der Vermögensverhältnisse des Käufers noch die Hoffnung hegen darf, den Kaufpreis zu erhalten, wird er sein Rücktrittsrecht kaum anwenden. Es kann indessen, wenn diese Hoffnung wenig begründet ist, unter Umständen im Interesse des Verkäufers sein, sich die, wenn auch verschlechterte Sache zurückgeben zu lassen und auf den Kaufpreis zu verzichten. Wer also bei einem nach § 455 geschlossenen Kauf die Gefahr der Sache von der Übergabe an trägt, das zu bestimmen hat der Verkäufer in der Hand, in seinem Interesse ist ja die ganze Bestimmung getroffen.

Wiederkauf.

Was den vom B.G.B. in den §§ 497 flg. behandelten Wiederkauf angeht, so sind über seine Natur verschiedene Auffassungen vertreten worden, von denen keine ohne Einwand bestehen kann.[1] Man hat in ihm die Verabredung eines Rücktrittsrechts des Verkäufers sehen wollen. Dagegen spricht jedoch die Bestimmung des § 501, wonach die Vereinbarung getroffen werden kann, dass der Wiederkauf zum Schätzungswerth der Sache zur Zeit des Wiederkaufs stattfinden solle, während das vertragsmässige Rücktrittsrecht beim Kauf nur ausgeübt werden kann gegen Rückerstattung des

[1]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 23.

ursprünglichen Kaufpreises. Gegen die Auffassung als pactum de contrahendo lässt sich einwenden, dass zum Zustandekommen des Wiederkaufs kein neuer Vertrag notwendig ist, weil er durch die formlose, einseitige Erklärung des Wiederkäufers zu Stande kommt. Endlich hat man in ihm, was in diesem Zusammenhange am meisten interessiert, einen vom Standpunkt des Käufers aus suspensiv-bedingten Verkauf sehen wollen, bedingt dadurch, dass der Verkäufer innerhalb der verabredeten Frist eine Wiederverkaufserklärung abgiebt. Wenn dies der Fall wäre, dann müsste nach der oben festgestellten Regel der Verkäufer (d. h. hier der Erstkäufer und Wiederverkäufer) während des Schwebens der Bedingung die Gefahr der Sache tragen. Nach § 498 Abs. 2 S. 2 aber kann der Wiederverkäufer trotz eingetretener (schuldloser) Verschlechterung den vollen Kaufpreis verlangen, der Wiederverkäufer keine Minderung vornehmen und dies widerspricht den oben gezogenen Folgerungen aus dem Wesen der Suspensiv-Bedingung.

Bedingter Kauf unbeweglicher Sachen.

Beim Verkauf beweglicher Sachen ist die Trennung des obligatorischen kausalen Vertrages und des zu seiner Erfüllung vorgenommenen dinglichen Übereignungsgeschäftes nicht besonders betont worden. Es sei daran erinnert, dass bei beweglichen Sachen die Gefahr übergeht, wenn die Sache übergegeben resp. abgesendet worden ist, d. h. regelmässig, wenn das Übereignungsgeschäft vorgenommen ist. Ob nun auch

das letztere dingliche Geschäft unter einer Bedingung vorgenommen wird, hat für die Gefahrtragung keine Bedeutung, da für diese nicht die dinglichen Rechtsverhältnisse der Sache, sondern lediglich das Verhältnis des bedingt vorgenommenen obligator. Kaufvertrages in Betracht kommt. Man wird ausserdem annehmen dürfen, dass regelmässig bei beweglichen Sachen die Eigentumsübertragung unter derselben Bedingung erfolgt wie das obligatorische kausale Kaufgeschäft. Beim Verkauf unbeweglicher Sachen geht die Gefahr über im Moment der Übergabe oder der Umschreibung im Grundbuch, jenachdem das eine eher wie das andere erfolgt. Ist nun ein Grundstück unter einer aufschieb. oder auflös. Bedingung verkauft, so steht der Übergabe desselben nichts im Wege und die Gefahrnormierung erfolgt in derselben Weise, wie bei beweglichen Sachen. Eine Besonderheit des Verkaufes unbeweglicher Sachen liegt nur darin, dass die Umschreibung im Grundbuche, durch welche allein das Eigentum übertragen werden kann, nicht unter einer Bedingung geschehen darf, da nach § 925 die Auffassung unter einer Bedingung unzulässig ist. Doch kann im Falle eines bedingten Kaufes die Eigentumsübertragung von den Parteien unbedingt vorgenommen werden, so, dass sich der Verkäufer bei suspensiv-bedingt. Geschäft für den Fall des Nichteintritts der Bedingung durch Eintragung einer Vormerkung seinen Anspruch auf Rückübertragung sichert, denn die Eintragung einer Vormerkung ist nach § 883 [1] auch zur Sicherung eines bedingt. Anspruches

gestattet. Bei resolutiv-bedingten Kauf lässt sich der Verkäufer den durch Eintritt der auflös. Bedingung suspensiv-bedingten Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums ebenfalls durch Eintragung einer Vormerkung dinglich sichern.

Erbschaftskauf.

Zum Schlusse sei noch der Kauf einer Erbschaft erwähnt, welcher nach § 2380 die Besonderheit aufweist, dass bei ihm die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der zur Erbschaft gehörigen Sachen sofort mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht, ohne dass ihm also die einzelnen Sachen übergeben, an ihn abgesandt, oder auf seinen Namen im Grundbuch umgeschrieben sind.